

A teoria do desvio produtivo do consumidor em contraposição à jurisprudência do mero aborrecimento: uma questão de responsabilidade civil

DOI: 10.31994/rvs.v10i2.610

Ana Paula De Battisti Braga¹

Missael Pinto Zampier²

RESUMO

A presente pesquisa busca analisar a inovadora Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor em contraposição à jurisprudência do mero aborrecimento, debatendo sobre a importância do tempo nas relações de consumo, como um bem jurídico, e a utilização desse conceito na prática dos tribunais brasileiros. Para realizar este estudo, foram utilizados a análise bibliográfica, a partir da doutrina, periódicos, artigos científicos e artigos *online*, bem como o exame de normas e de casos, por meio de recentes julgados pertinentes ao assunto. Ao fim, foi possível constatar que a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo vem sendo cada dia mais aceita no Direito, demonstrando que, apesar de ainda haver entendimentos contrários, o tempo do consumidor tem se revelado um bem jurídico que, portanto, carece de tutela.

¹Bacharel em Direito pela Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC (2019). *Email:* anapaula.battistibraga@gmail.com. ORCID iD <https://orcid.org/0000-0002-6479-9961>

² Advogado inscrito na OAB/MG sob o n. 152.448. Graduado em Direito pela Fundação Presidente Antônio Carlos - FUPAC (2013). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Atualmente leciona as disciplinas de Direito do Trabalho, Processo Civil e Direito do Consumidor no curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá. Supervisor do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Ubá - CEJUSC. Mediador e Conciliador Judicial certificado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e inscrito no Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores Judiciais do Conselho Nacional de Justiça. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Processo Civil, Direito Ambiental e Direito do Consumidor, bem como em mediação e conciliação de conflitos. *Email:* zampiermissael@gmail.com. ORCID iD <https://orcid.org/0000-0002-5090-4492>

PALAVRAS-CHAVE: CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. MERO ABORRECIMENTO. DESVIO PRODUTIVO. DANO.

ABSTRACT

This research seeks to analyze the innovative Theory of Consumer Productive Deviance as opposed to the case law of mere annoyance, debating the importance of time in consumer relations as a legal good, and the use of this concept in the practice of Brazilian courts. To carry out this study, we used the bibliographical analysis, from doctrine, journals, scientific articles and online articles, as well as the examination of norms and cases, through recent judgments pertinent to the subject. In the end, it was possible to verify that the application of the Productive Deviation Theory has been increasingly accepted in law, showing that, although there are still contrary understandings, the consumer's time has proved to be a legal asset that, therefore, needs protection.

KEYWORDS: CONSUMER. CIVIL LIABILITY. MERE ANNOYANCE. PRODUCTIVE DEVIANCE. DAMAGE.

INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil há algum tempo se deparou com uma nova possibilidade de dano ressarcível; a perda do tempo do consumidor se transformou em um assunto de destaque no Direito quando se tornou peça essencial da inovadora Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. O assunto, tratado de forma pioneira pelo advogado Marcos Dessaune, autor da Teoria, em meados do ano 2011, demonstra a preocupação que a sociedade tem conferido quanto ao aproveitamento de seu tempo, tendo em vista a sobrecarga de incumbências pela

qual é tomado o homem moderno, que preza pela fruição de cada minuto de seu dia conforme a sua própria vontade. (GUGLINSKI, 2015)

Imprescindível frisar que com tantas inovações tecnológicas e ferramentas que possibilitam ao consumidor a realização de suas tarefas de forma mais rápida e eficiente, inclusive à distância, pela *internet*, por exemplo, perder tempo em filas de banco, ao telefone, ou em idas e vindas de assistências técnicas, buscando resolver um problema gerado pelo próprio fornecedor em uma relação de consumo é um verdadeiro “atraso de vida”.

Todavia, mesmo com o surgimento da Teoria do Desvio Produtivo e da luta para alcançar o seu espaço, ainda existem posicionamentos que tendem a considerar a perda do tempo como um mero aborrecimento cotidiano, significando verdadeiro embaraço à aplicação do aludido conceito.

Neste contexto, é necessário contrastar tais posições para que se possa chegar ao ponto crucial deste trabalho, que é verificar a aplicação da referida Teoria na prática consumerista.

Dessa forma, foi empregado um estudo com abordagem qualitativa e pesquisa explicativa, visando um aprofundamento no tema em questão, pois, em que pese a tendência de sua aceitação e pacificação, ainda é alvo de muitos debates e entendimentos controversos. Neste ponto, foi realizada a coleta de dados bibliográficos, a partir da consulta doutrinária, jurisprudencial, e também a periódicos, artigos científicos e artigos *online*. Recorreu-se, ainda, ao método jurídico-projetivo, considerando a temática inovadora e relevante na sociedade moderna, defendendo tendências jurídicas a serem aplicadas no Direito do Consumidor.

Assim sendo, o presente trabalho abordará, de início, aspectos da Responsabilidade Civil na seara do consumidor, com foco em seus elementos caracterizadores, além das regras aplicadas ao fornecedor.

Num segundo momento, tratar-se-á o elemento tempo como um bem juridicamente tutelado, trazendo à baila a preocupação com seu proveito, demonstrada em diversos aspectos. Dentro deste contexto, será confrontado o

entendimento de que o tempo perdido gera dano indenizável com o posicionamento que o trata como mero dissabor.

Mais adiante, adentrar-se-á na utilização da Teoria do Desvio Produtivo nos tribunais brasileiros, onde serão expostas as jurisprudências que embasam algumas das recentes decisões acerca do tema.

Por derradeiro, ao término da pesquisa, pretender-se-á demonstrar o atual estágio da aplicabilidade e os desafios enfrentados pela tese em questão no mundo jurídico.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO CONSUMERISTA

1.1 Aspectos gerais e elementos caracterizadores da Responsabilidade Civil

A Responsabilidade Civil caracteriza-se pelo dever de reparar um dano causado em razão do cometimento de ato ilícito. O Código Civil Brasileiro instituiu essa definição em seu art. 927³, e esclareceu que se tem por ato ilícito a conduta que ofenda algum direito e cause danos a outrem, ainda que esse dano seja de natureza moral, em decorrência de ato ou omissão voluntários, imprudência ou negligência, ou, ainda, da conduta do titular de um direito que, em seu exercício, excede os limites da boa-fé ou dos bons costumes, de seus fins econômicos ou sociais⁴.

No contexto da presente pesquisa importa saber, sobretudo, que mesmo quando se tratar de situação em que haja dano exclusivamente moral, ou seja, aquele que não atinge a esfera econômica do sujeito, persistirá o dever/direito de reparação, eis que figura parte da esfera íntima da pessoa. Em que pese não ser traduzida em algo palpável, a intimidade é algo tão importante quanto, pois integra a

³ Art. 927 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

⁴ O Código Civil trata dos atos ilícitos em seu Título III, artigos 186 a 188, de onde foram retiradas essas informações.

psique humana, os sentimentos, e, ainda, em âmbito mais especializado, os direitos da personalidade, que estão sensíveis à eventos danosos, como, por exemplo, o direito de imagem (BASTOS, 2017)

Seguindo, a caracterização da referida Responsabilidade implica que haja violação a um dever jurídico provocando determinado dano. Assim, ilustrando, se um dever originário não é cumprido, surtindo então certo prejuízo, surgirá um dever sucessivo, que é o de reparar aquele dano que foi causado pelo descumprimento inicial. Portanto, pode-se dizer que o prejuízo causado a outrem a partir de certa conduta, é fonte ensejadora de reparação, de modo que se torna imperativa atuação na busca pelo *status quo ante* ou, na sua impossibilidade, a compensação pelo dano que foi suportado (GONÇALVES, 2017)

Outrossim, importa dizer que a Responsabilidade Civil não é abordada apenas pelo Código Civil, mas também pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC, zelando pelas relações consumeristas e guardando observância aos seus princípios basilares, instituídos em seu art. 4º, mormente no que diz respeito à proteção do consumidor, dada sua vulnerabilidade, e também à boa-fé, necessária para que haja harmonia e transparência nessas relações.

1.2 A Responsabilidade Civil do fornecedor

Para discorrer sobre este assunto, é necessário saber que compõem a relação de consumo o fornecedor e o consumidor, sujeitos tratados especificamente nos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor⁵.

O consumidor e o fornecedor assumem papéis bastante semelhantes aos dos chamados, pelo Direito Civil, de credor e devedor, pois da mesma forma que naquela seara, há no vínculo de consumo a constituição obrigações mútuas.

⁵ Art. 2º do CDC, *verbis*: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Art. 3º do CDC, *verbis*: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

No CDC é possível encontrar diversos artigos que regulam o assunto, podendo-se citar o art. 18, que atribui responsabilidade ao fornecedor por situações potencialmente prejudiciais e previamente definidas; os arts. 12 e 13, que tratam sobre a responsabilidade pelo fato do produto; o art. 20, sobre responsabilidade pelo vício do serviço; e, ainda, o art. 14, sobre responsabilidade pelo fato do serviço. Todos estes demonstram que também na seara consumerista existe a possibilidade do dever de reparação por parte do fornecedor ao consumidor.

A Responsabilidade Civil abarca as formas subjetiva e objetiva. Na primeira, é necessário que se comprove, além do dano sofrido, o nexo de causalidade e a culpa *lato sensu*. Já na segunda, é preciso que sejam demonstrados somente o dano e o nexo entre aquele e a conduta que o provocou.

Em atenção à vulnerabilidade característica do consumidor e também à dificuldade de se comprovar a responsabilidade subjetiva, além de outros fatores, o CDC definiu como regra a responsabilidade objetiva do fornecedor, estabelecida pelos ditames de seu art. 14. Nesse aspecto, a regra abrange os fornecedores de produtos e os prestadores de serviços, tratados nos arts. 12, 14, 18, 19 e 20 daquele código, mas excetua no §4º, do art. 14, os profissionais liberais, como é o caso dos advogados, médicos e dentistas. Nesse caso, a responsabilidade é subjetiva, e só existirá frente à prova de culpa quanto ao dano provocado, tendo em vista o caráter *intuitu personae* daquela relação (TARTUCE, 2018).

Ilustrando claramente a regra, a Apelação Cível nº 70070434972, da sexta câmara cível, do Tribunal de Justiça do RS, relatoria do MM. Juiz Alex Gonzalez Custódio, julgada em 26/10/2017, tratou de caso de indenização por danos morais decorrentes da falha na prestação de serviços de plano de saúde. Na oportunidade, foi verificada a responsabilidade objetiva da parte ré, e aplicado os ditames do CDC tendo em vista a relação de consumo. O magistrado ressaltou que o caso concreto gerou verdadeira angústia, dor e *stress*, ultrapassando o chamado “mero aborrecimento”, dando razão à indenização por danos morais. Segue a ementa do referido julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, RESPONSABILIDADE OBJETIVA. APLICABILIDADE CDC. CASO CONCRETO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Preliminar: A parte autora descreve a ocorrência de fatos que configuram falha na prestação de serviços e estão relacionados à conduta da ré. Assim, detém legitimidade passiva para responder à demanda que visa a indenização por danos morais decorrentes da falha na prestação do serviço. Mérito: A relação é de consumo e o Superior Tribunal de Justiça já sumulou a matéria dizendo, na Súmula 496 que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos Planos de Saúde, e que a interpretação deve ser, na dúvida ou lacuna, mais favorável ao consumidor, e que medidas restritivas do direito a tratamento, medicamento, hospitalização ou outros meios são nulos de pleno direito. Isoladamente, a recusa de cobertura não enseja a condenação para indenização por dano moral. **Porém, no caso concreto, a conduta da ré gerou ainda mais angústia, stress e dor, extrapolando o plano do mero dissabor.** Sentença mantida. AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO (Apelação Cível Nº 70070434972, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alex Gonzalez Custodio, Julgado em 26/10/2017). (TJ-RS - AC: 70070434972 RS, Relator: Alex Gonzalez Custodio, Data de Julgamento: 26/10/2017, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/11/2017) (Grifos postos).

Seguindo o raciocínio da reparação civil, levando em consideração a sociedade de consumo atual, bem como as experiências vivenciadas no cotidiano, emergiu a ideia de que o fornecedor também poderia ser responsabilizado pelas situações em que usurpa o tempo do cliente, revelando que o tempo também poderia ser um bem tutelado, pois, em que pese sua imaterialidade, possui imenso valor, conforme será demonstrado nesta pesquisa.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO TEMPO PERDIDO

2.1 O tempo como bem jurídico tutelado

Em toda área de estudo, há sempre um objeto que constitui o cerne de um problema, de uma questão, que abarca discussões favoráveis e contrárias que se

aplicam a ele. No Direito, há o chamado “bem jurídico”, que alicerça uma infinidade de ideias e as mais variadas teorias. Trata-se tanto de algo material como imaterial, desde que tenha valor para o ser humano, inclusive econômico, sendo passível de apropriação. Nessa toada, tem-se uma quantidade extensa do que pode se chamar de bens, como o dinheiro, a moradia, saúde, dentre outros muitos exemplos. (GONÇALVES, 2014). Mas, e o tempo, se enquadra como um bem jurídico?

O que é o tempo? O passar das horas, dias, minutos, uma linha contínua e sem fim? Quantas sejam as definições, nenhuma é capaz de medir as mudanças e os impactos que decorrem de sua passagem. Nas palavras de Caetano Veloso, é o “[...] compositor de destinos, tambor de todos os ritmos [...]”⁶. O tempo rege o ato no direito penal, rege o amadurecimento do homem e dos frutos e também impõe barreiras quando corre mais rápido do que se percebe. O tempo não volta, não para, é implacável e irrecuperável.

De fato, é possível observar que o homem sempre demonstrou preocupação com o tempo. Na atualidade, é notável que ele tem demonstrado ser algo cada vez mais valioso, tendo em vista as inúmeras ocupações que o ser humano toma para si e que, muitas vezes, não as consegue cumprir em razão da “falta de tempo”. Entre situações como, por exemplo, aquelas em que integrantes de famílias cumprem intensas jornadas de trabalho para levarem o sustento à sua casa, ou casos de milhares de estudantes que se desdobram entre faculdade, emprego e estágio, na busca de um sonho, há uma semelhança incontestável: cada minuto produtivo de seu dia é precioso.

O direito busca tutelar, por meio da normatização, diversos bens que constituem a rede de importâncias na vida do ser humano; há a proteção à vida, que é o bem máximo de cada um; ao patrimônio; à dignidade da pessoa, dentre tantos outros. Então, por que não guardar também proteção ao TEMPO, que tantas vezes é desperdiçado ou usurpado, quando tanto se carece dele?

⁶ Trecho da música “Oração ao Tempo”, de Caetano Veloso. Letra disponível em: <<https://www.vagalume.com.br/caetano-veloso/oracao-ao-tempo.html>>. Acesso em: 23 set. 2018.

2.2 O dano provocado pelo desvio produtivo do consumidor e o “mero aborrecimento”

A “Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor”, elaborada e lançada em 2011 pelo advogado capixaba Marcos Dessaune, defende que, em situações onde o consumidor é levado a desperdiçar seu tempo útil, que seria empregado de acordo com sua vontade, seja no trabalho, estudos ou lazer, existe um prejuízo de ordem extrapatrimonial, que é corriqueiramente denominado “dano moral *lato sensu*”. Por outro lado, pode ser ocasionado também um dano material, tendo em vista os possíveis gastos demandados em razão da busca pela solução de um problema provocado pelo próprio fornecedor⁷ (DESSAUNE, 2018). Tome-se como exemplo os famosos infortúnios bancários ocorridos em razão de conduta do próprio banco; ou então a dificuldade enfrentada quando da solicitação do cancelamento de algum serviço de telefonia ou de *internet*, quando são necessárias diversas ligações telefônicas para que o pedido seja definitivamente atendido; ou ainda o calvário enfrentado pelo consumidor, que muitas vezes precisa se deslocar uma, duas, ou, quem sabe, mais vezes, e às suas próprias expensas, para trocar ou enviar para reparo um produto que já veio de fábrica com defeito.

Em contrapartida ao ideal basilar da Teoria do Desvio Produtivo, há o entendimento de que a perda do tempo do consumidor não merece respaldo para indenização pois, em resumo, constitui mero aborrecimento cotidiano e, portanto, sem relevância suficiente para atingir a esfera moral do indivíduo. É possível verificar a existência de posicionamentos nessa mesma linha, cabendo aqui colacionar o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE AÉREO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA. RESPONSABILIDADE CIVIL. REMARCAÇÃO DE VOO E IMPOSSIBILIDADE DE EMBARQUE.

7 Informações retiradas do vídeo “Marcos Dessaune explica equívoco da jurisprudência do Mero Aborrecimento”. No referido, o autor explana o tema em linhas rápidas, de forma clara e objetiva. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vJaSqRz51ek>>. Acesso em: 23 out. 2018.

VIAGEM INTERNACIONAL. ALEGADA A OCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO. EVIDENCIADA A FALHA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DA COMPANHIA AÉREA. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. SUSTENTADA A DESÍDIA DA COMPANHIA AÉREA EM PRESTAR A ASSISTÊNCIA DEVIDA. PLEITO INICIAL DESACOMPANHADO DE INÍCIO DE PROVA DO DIREITO PRETENDIDO. NÃO OBSTANTE A APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CDC, INCUMBE A PARTE AUTORA DEMONSTRAR PROVA MÍNIMA DE SUAS ALEGAÇÕES. ABALO ANÍMICO NÃO EVIDENCIADO. SITUAÇÃO QUE NÃO REPERCUTIU NA ESFERA ÍNTIMA DOS AUTORES A PONTO DE OFENDER-LHES A HONRA E A DIGNIDADE. MERO DISSABOR. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-SC - AC: 03037824120158240011 Brusque 0303782-41.2015.8.24.0011, Relator: Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Data de Julgamento: 04/10/2018, Quarta Câmara de Direito Civil) (Grifos postos).

A ementa transcrita demonstra que a análise de casos dessa natureza demanda cautela, para que seja assegurada a proteção devida ao consumidor e a justiça no momento da decisão. O caso em tela versa sobre o cancelamento de um voo que fazia escala em São Paulo com destino a Londres, tendo ocorrido alteração de horário, onde os passageiros tiveram seu embarque negado, só conseguindo embarcar 24 horas depois do previsto. Os passageiros reclamaram da conduta desidiosa da companhia aérea que, não bastasse tal situação, também não se dignou a prestar a devida assistência aos clientes. Dadas as alegações de todo o período de espera e da falta de prestação de suporte da companhia aérea, sem falar na imensa frustração e angústia, tendo em vista que a realização de viagem internacional não é algo rotineiro para o brasileiro, dizer que a situação se limita ao mero dissabor é, *data venia*, um equívoco.

Cabe dizer aqui que o que se pretende com a adoção e observância da Teoria do Desvio Produtivo não é, de modo algum, a banalização da reparação civil, transformando a perda do tempo em uma indústria de produção de danos indenizáveis. O que se espera é o tratamento da situação sob uma ótica mais sensível às mudanças que têm delineado o convívio humano na atualidade. Hoje é possível lidar com diferentes situações de consumo de modo mais prático; a *internet*,

por exemplo, com seus aplicativos e redes sociais, tem proporcionado a aproximação entre fornecedor e consumidor, de modo a facilitar a solução de demandas mais simples. Assim, é claro que o consumidor busca resolver os desacordos de forma satisfatória, mas célere ao mesmo tempo, reservando a maior parte de seu tempo às tarefas que julgar mais importantes. Afinal de contas, ao contratar um serviço ou comprar um produto, o que menos se deseja é que, ao invés de um benefício, se adquira uma “dor de cabeça”.

Por oportuno, imperioso ressaltar a diligente iniciativa tomada pela seccional fluminense da Ordem dos Advogados do Brasil, ao protocolizar pedido de cancelamento da Súmula nº 75 do TJ-RJ⁸, justificando que a mesma favorece aquele que pratica o ato de usurpação temporal, transmitindo a ideia de compensação financeira, mantendo a situação de injustiça. De acordo com a procuradoria daquela seccional, a referida súmula está em desacordo com o Superior Tribunal de Justiça, que já acolheu e aplica a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

3 A APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

A tese do Desvio Produtivo do Consumidor vem sendo semeada há algum tempo pelos aplicadores do direito e tem conquistado seu lugar nas decisões dos tribunais. Todavia, é fato que na vasta coleção de julgados brasileiros ainda é possível encontrar aqueles que parecem ter sido proferidos exclusivamente sob a ótica do fornecedor, ao passo que afasta os olhares da situação vulnerável do consumidor.

⁸ Súmula nº 75 – TJ-RJ, *verbis*: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.” Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/danomoral.pdf?&v00>>. Acesso em: 30 out. 2018. A notícia acerca do referido pedido foi retirada do *site* Consultor Jurídico, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/tj-rj-afasta-sumula-mero-aborrecimentoconcede-indenizacao>>. Acesso em: 30 out. 2018.

Afirmar que a injusta usurpação do tempo existencial do consumidor se limita a um simples aborrecimento cotidiano, quando, para resolver demandas provocadas pelo fornecedor de produtos ou serviços, é preciso reservar um dia inteiro ou boa parte dele, ou ainda horas, que poderiam ser aproveitados segundo seu próprio arbítrio, é um equívoco que afronta o cerne da proteção consumerista. Com efeito, não é conduta digna de aplausos aquela que se mostra indiferente às situações de dano que surgem frequentemente, mas, nas palavras de Gagliano (2013, p. 46), “nem toda situação de desperdício do tempo justifica a reação das normas de Responsabilidade Civil, sob pena de a vítima se converter em algoz, sob o prisma da teoria do abuso de direito”. Em outras palavras, deverá ocorrer a necessária ponderação entre a razoabilidade e a proporcionalidade de acordo com a situação vivenciada, para que haja prevenção e repressão da conduta que se busca combater.

De fato, ainda há muito que aprimorar quanto à aplicação desse conceito, mas prova de que ela vem crescendo é o apoio cada vez maior de aplicadores do Direito, como o ilustre doutrinador e magistrado citado acima, Pablo Stolze Gagliano; o advogado, estudioso do tema e membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - Brasilcon, Vítor Guglinski; e os Ministros do STJ Nancy Andrighi, Marco Aurélio Bellizze, Paulo de Tarso Sanseverino e Antônio Carlos Ferreira, que já decidiram em consonância com a teoria⁹.

Importante transcrever as ementas dos recentes julgados que seguem abaixo, a título de exemplo e comprovação da inserção do inovador pensamento na atividade jurisdicional pátria:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO DEFEITUOSO. DANO MORAL CONFIGURADO. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO. ARTIGO 42 DO CDC. PROVA DE MÁ-FÉ. RECURSO

⁹ As informações acerca das decisões da lavra dos referidos ministros do STJ foram retiradas do *site* Consultor Jurídico, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvioproductivo-consumidor>>. Acesso em: 30 out. 2018.

PARCIALMENTE PROVIDO. 1) **Como bem salienta o idealizador da teoria do desvio produtivo do consumidor, Marcos Dessaune, a sociedade pós-industrial [...] proporciona a seus membros um poder liberador: o consumo de um produto ou serviço de qualidade, produzido por um fornecedor especializado na atividade, tem a utilidade subjacente de tornar disponíveis o tempo e as competências que o consumidor necessitaria para produzi-lo para seu próprio uso, uma vez que o fornecimento de um produto ou serviço de qualidade ao consumidor tem o poder de liberar os recursos produtivos que ele utilizaria para produzi-lo. (Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: uma visão geral. Revista de Direito do Consumidor: RDC, São Paulo, v. 27, n. 119, p. 89-103)** 2) Tal orientação, deveras, está em plena sintonia com o ritmo de vida hodierno no sistema capitalista, conforme reflexão crítica feita pelo grande pensador e ex-presidente uruguaio Pepe Mujica: Quando compramos algo, não pagamos com dinheiro. Pagamos com o tempo de vida que tivemos que gastar para ter aquele dinheiro. 3) Ou seja, num momento em que o mercado é posto como um bem imaterial intangível e tanto a competitividade como a produtividade se transformaram em valores morais que moldam o comportamento social, o tempo inegavelmente adquire relevância mercantil que não pode, em absoluto, ser ignorado pela sociologia jurídica nem pelo direito positivo. 4) O valor fixado a título de danos morais deve ser estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, levando em consideração o grau da lesividade da conduta ofensiva (extensão do dano) e a capacidade econômica da parte pagadora, a fim de cumprir dupla finalidade: amenização da dor sofrida pela vítima e punição do causador do dano, evitando-se novas ocorrências. Indenização fixada em R\$ 5.000,00. 5) A repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe a existência de pagamento indevido e a má-fé do credor. Precedentes. 6) Recurso parcialmente provido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, dar parcial provimento ao recurso. Vitória, 18 de junho de 2019. DESEMBARGADOR PRESIDENTE/RELATOR. (TJES, Classe: Apelação, 008170031796, Relator : JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 18/06/2019, Data da Publicação no Diário: 02/07/2019) (Grifos postos).

DANO MORAL - Protesto indevido - Responsabilidade Civil do Estado - Inscrição indevida de lançamento tributário em cartório - Protesto de título referente à IPVA do exercício de 2017 sobre veículo alienado em 2015, com reconhecimento de firma das assinaturas perante Tabelionato - Inexigibilidade do débito - Alienante que restou desobrigado de comunicar a venda do veículo nos termos do Decreto Estadual n. 60489/14 - **Existência de lesão à esfera moral do demandante em decorrência da realização de**

protesto indevido - Dano moral "in re ipsa" - Precedentes - Erro e / ou conduta abusiva perpetrados pela Administração Pública, gerador de efeito potencialmente lesivo pelo dispêndio e comprometimento do fator tempo e de outras tarefas que dificulte o consumidor solver situação que lhe é incômoda sem resolução espontânea, rápida e efetiva, que possibilita, na hipótese, a incidência da Teoria do Desvio Produtivo - Sentença reformada para reconhecer o direito à compensação de danos extrapatrimoniais - Juros e correção monetária - Aplicação do Tema 905 do Superior Tribunal de Justiça e do Tema 810 do Supremo Tribunal Federal - De rigor a observância da modulação dos efeitos e dos critérios a serem fixados nos declaratórios opostos ao acórdão do RE n. 870.947/SE (Tema n. 810), recebidos com excepcional efeito suspensivo - Recurso de apelação do autor provido e desprovido o reexame necessário, com observação. (Apelação Cível n. 1000624-72.2018.8.26.0205 - Getulina - 12ª Câmara de Direito Público - Relator: José Roberto de Souza Meirelles - 07/06/2019 - 14562 - Unânime) (Grifos postos).

Os julgados transcritos a seguir são especialmente relevantes, pois, além de serem oriundos do Superior Tribunal de Justiça, confirmam a inteligência e o crescente alcance do conceito da Teoria neste Tribunal Superior:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.260.458 - SP (2018/0054868-0) [...] RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais. [...] Decurso de mais de três anos' sem solução da pendência pela instituição financeira. Necessidade de ajuizamento de duas ações judiciais pela autora. Adoção, no caso, da teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, tendo em vista que a autora foi privada de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprouvesse, submetendo-se, em função do episódio em cotejo, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos de má prestação do serviço bancário. Danos morais indenizáveis configurados. [...] Isto assentado, bom é realçar que a situação vivenciada pela autora realmente extrapolou o simples dissabor resultante de insucesso negocial [...] cumprindo prestigiar no caso a teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, por meio da qual sustenta Marcos Dessaune que todo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitui dano indenizável, ao perfilar o entendimento de que a "missão subjacente dos fornecedores é - ou deveria ser - dar ao consumidor, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições para que ele possa empregar seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência. Especialmente no Brasil é notório que incontáveis

profissionais, empresas e o próprio Estado, em vez de atender ao cidadão consumidor em observância à sua missão, acabam fornecendo-lhe cotidianamente produtos e serviços defeituosos, ou exercendo práticas abusivas no mercado, contrariando a lei. Para evitar maiores prejuízos, o consumidor se vê então compelido a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas custosas competências - de atividades como o trabalho, o estudo, o descanso, o lazer - para tentar resolver esses problemas de consumo, que o fornecedor tem o dever de não causar. Tais situações corriqueiras, curiosamente, ainda não haviam merecido a devida atenção do Direito brasileiro. Trata-se de fatos nocivos que não se enquadram nos conceitos tradicionais de 'dano material', de 'perda de uma chance' e de 'dano moral' indenizáveis. Tampouco podem eles (os fatos nocivos) ser juridicamente banalizados como 'meros dissabores ou percalços' na vida do consumidor, como vêm entendendo muitos juristas e tribunais."

[2http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/71/desvio_produto-doconsumidor-tese-do-advogado-marcos-ddessaune-255346-1.asp]. [...] (STJ - AREsp: 1260458 SP 2018/0054868-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 25/04/2018) (Grifos postos).

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, D, DO CDC. **FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA.** 1. **Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações.** 2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva. 4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da

pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais. 5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas. 6. No dano moral coletivo, a função punitiva - sancionamento exemplar ao ofensor - é, aliada ao caráter preventivo - de inibição da reiteração da prática ilícita - e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade. 7. **O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo.** 8. **O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor.** 9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo. 10. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1737412 SE 2017/0067071-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/02/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2019) (Grifos postos).

Desta feita, é notório que a aplicabilidade da tese aqui defendida tenha evoluído nos tribunais brasileiros, inclusive no Superior Tribunal de Justiça – STJ, evidenciando que não se trata de teoria infundada ou de pouca função, mas de aparato de defesa contra práticas abusivas, ofensivas ao consumidor, e, por conseguinte, causadoras da obrigação de reparar.

CONCLUSÃO

Ao longo de toda a pesquisa, foi visto que a Responsabilidade Civil está rotineiramente presente também na seara do consumidor, representando importante mecanismo de compensação pelo prejuízo decorrente da prática de um ato ilícito e do inadimplemento contratual. Neste âmbito, o fornecedor assume o papel de sujeito incumbido de prestar produtos ou serviços de qualidade ao consumidor, que possui a expectativa do bom atendimento. Não sendo assim, o fornecedor incorrerá, via de regra, de modo objetivo, no dever de reparar o eventual dano a que tenha dado causa, sendo ele patrimonial ou extrapatrimonial.

Há menos de uma década, passou a se pensar no alcance dessa reparabilidade pelo dano causado ao consumidor que tem seu tempo injustificadamente subtraído nas relações de consumo, principalmente quando da solução de demandas provocadas pelo próprio fornecedor. Em razão disso, houve a necessidade de estudar a possibilidade da caracterização do tempo como bem jurídico e, portanto, passível de proteção como qualquer outro.

Por conseguinte, a Teoria do Desvio Produtivo tem servido de direção e embasamento teórico frente à lacuna existente relativa a esse assunto, passando-se a defender com mais propriedade a ideia de que esse tempo, se não tomado tão injustamente, poderia ser empregado em tarefas de livre escolha do consumidor, como o estudo, o trabalho e até mesmo o lazer, o descanso junto da família e amigos, tão salutar à saúde e ao bem-estar humano. Do contrário, será imperativa a reparação pelo prejuízo causado em decorrência do ato lesivo.

Em contraponto, os princípios da inovadora tese ainda coabitam com a jurisprudência que os enxerga como exageros do consumidor, insusceptíveis de ensejar indenização por dano moral por se tratar de mero dissabor característico das relações de consumo cotidianas. Por outro lado, o que se tem visto é uma grande evolução no sentido da aceitação da tese tanto nos tribunais quanto na doutrina, como foi demonstrado.

O assunto ainda não está pacificado, mas é inequívoco o seu destaque e crescente aplicação prática, significando uma conquista ao direito consumerista como um todo, principalmente ao próprio consumidor, que pode observar uma tendência mais protetiva a partir desse avanço. É preciso que seja dado prosseguimento ao estudo da hipótese aqui alvitrada, para que sejam rompidos os antigos padrões, e que a legislação, juntamente à doutrina e à jurisprudência, se adeque às necessidades e realidades modernas.

Indiscutível é que a mudança no cotidiano das pessoas, decorrente dos avanços tecnológicos, principalmente das mídias digitais, com a presença da *internet*, faz com que se espere mais praticidade em todos os aspectos do cotidiano. Assim, é preciso que as relações de consumo acompanhem esse avanço e atendam o consumidor da melhor forma. Portanto, necessário que seja conferida maior atenção aos problemas de consumo para que eles se tornem excepcionais, e não rotineiros como têm se demonstrado.

Nesse aspecto, a Teoria do Desvio Produtivo é importante mecanismo para frear os abusos cometidos contra o consumidor, uma vez que determina que o tempo também é precioso e tem valor na vida humana, e, por esta razão, carece de tutela. Assim, torna-se salutar a disseminação desse pensamento e sua sedimentação tanto nos tribunais pátrios como na doutrina, com vistas a impedir que novos excessos sejam praticados. Por outro lado, deve-se combater as situações onde o prejuízo já ocorreu, ou seja, onde a conduta praticada pelo fornecedor extrapolou, de forma negativa, o que seria esperado pelo chamado “homem médio”, configurando o dano, demandando, assim, a aplicação de penalidades proporcionais e razoáveis à situação, de modo a promover o respeito, a equidade e, por consequência, a justiça nas relações de consumo.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Daniel Deggau. **A perda do tempo como categoria indenizatória autônoma**: terminologia jurídica e coerência sistemática. 2017. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Súmula nº 75. O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/dano-moral.pdf?_=v00>. Acesso em: 30 out. 2018.

CREPALDI, Thiago. STJ reconhece aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. **Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>>. Acesso em: 30 out. 2018.

DESSAUNE, Marcos. **Marcos Dessaune explica equívoco da jurisprudência do Mero Aborrecimento**. 2018. (2min47s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vJaSqRz51ek>>. Acesso em: 23 out. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. **Revista Jurisvox, Centro Universitário de Patos de Minas**, vol. 1, nº 14, páginas 42-47, jul. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: parte geral/Coleções Sinopses Jurídicas, v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. **O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais.** Revista de Direito do Consumidor, vol. 99/2015, p. 125-156, maio - junho/2015.

RODAS, Sérgio. TJ-RJ afasta súmula do “mero aborrecimento” e concede indenização. **Consultor Jurídico.** 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/tj-rjafasta-sumula-mero-aborrecimento-concede-indenizacao>>. Acesso em: 30 out. 2018.

TARTUCE, F.; NEVES, D. A.; **Manual de Direito do Consumidor**—volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978426/>>. Acesso em: 24 out. 2018.

VELOSO, Caetano. **Oração ao Tempo.** Vagalume. Disponível em: <<https://www.vagalume.com.br/caetano-veloso/oracao-ao-tempo.html>>. Acesso em: 23 set. 2018.

Recebido em 09/09/2019

Publicado em 31/10/2019